

Trierer Festschrift für Walter F. Lindacher zum 80. Geburtstag

1. Auflage 2017. Buch. X, 476 S. In Leinen

ISBN 978 3 406 70591 5

Format (B x L): 16,0 x 24,0 cm

[Recht > Zivilrecht > Zivilrecht allgemein, Gesamtdarstellungen](#)

Zu [Inhaltsverzeichnis](#)

schnell und portofrei erhältlich bei


DIE FACHBUCHHANDLUNG

Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de ist spezialisiert auf Fachbücher, insbesondere Recht, Steuern und Wirtschaft. Im Sortiment finden Sie alle Medien (Bücher, Zeitschriften, CDs, eBooks, etc.) aller Verlage. Ergänzt wird das Programm durch Services wie Neuerscheinungsdienst oder Zusammenstellungen von Büchern zu Sonderpreisen. Der Shop führt mehr als 8 Millionen Produkte.

Parteivereinbarungen zur Suspendierung gerichtlichen Rechtsschutzes

I. Einleitung

Die Alternative Streitbeilegung (ASB) bzw. Alternative Dispute Resolution (ADR) ist unverkennbar ein Lieblingskind der Rechtspolitik: eine mit viel Vorschusslorbeeren bedachte, womöglich vielseitig talentierte Künstlernatur, deren Werdegang aber alles andere als gewiss erscheint – während die klassische gerichtliche Aufarbeitung und Entscheidung zivilrechtlicher Konflikte an den Erstgeborenen aus dem Lukas-Evangelium erinnert, der treu und brav seine Dienste im väterlichen Haushalt verrichtet, ohne dafür besonders gelobt zu werden. Zu den fragwürdigen Zügen der ADR, über die angesichts der weithin geteilten Begeisterung für die mit ihr assoziierte Freiwilligkeit und Eigenverantwortlichkeit¹ oft allzu bereitwillig hinweggesehen wird, zählt insbesondere, dass sie ihrerseits dazu neigt, Freiheit zu begrenzen: nämlich das Recht, jederzeit von einer (vermeintlich) einvernehmlichen Streitbeilegung abzusehen, stattdessen die Gerichte anzurufen und im Prozess womöglich gar auf einem Urteil zu bestehen. Die Rede ist von dem Klageverzicht, der mit gebräuchlichen Mediations- oder Schlichtungsklauseln normalerweise einhergeht, weil ein Nebeneinander von gerichtlicher und außergerichtlicher Streitbeilegung als kaum sachgerecht erachtet wird.² Im Folgenden geht es darum, inwieweit mittels einer solchen Parteivereinbarung die Suspendierung gerichtlichen Rechtsschutzes zugunsten eines ADR-Verfahrens vorgeschrieben werden kann.³ Diesem seit langem intensiv diskutierten Thema hat der deutsche Gesetzgeber unlängst mit § 309 Nr. 14 BGB⁴ einen seiner berüchtigten Federstriche gewidmet, der – wie so oft – nicht alle Probleme löst, dafür aber einige neue Fragen aufwirft.

* Professor Dr. Wolfgang Hau, Universität Passau.

¹ Vgl. nur § 1 Abs. 1 MediationsG (BGBl. 2012 I 1577).

² Hierzu, statt mancher, etwa *Unberath* NJW 2011, 1320 (1321); *Eidenmüller/Wagner/Wagner*, Mediationsrecht, 2015, Kap. 2 Rn. 6. Für sinnvoll und möglich erachtet ein Nebeneinander von staatlichem und ADR-Verfahren aber etwa *Lüke* FS Kollhosser, 2004, 397 (400f.).

³ Außer Betracht bleiben hier zum einen Schiedsvereinbarungen im Sinne von § 1029 ZPO sowie Schiedsgutachtenabreden, zum anderen Sonderfragen des grenzüberschreitenden Rechtsverkehrs.

⁴ In das BGB eingefügt durch Art. 6 Nr. 2 des Gesetzes vom 19.2.2016 zur Umsetzung der Richtlinie über alternative Streitbeilegung in Verbraucherangelegenheiten und zur Durchführung der Verordnung über Online-Streitbeilegung in Verbraucherangelegenheiten, BGBl. 2016 I 254.

II. AGB-Klauseln im Verbrauchergeschäft

1. Bisheriger Meinungsstand

Schon in der Klausel-Richtlinie⁵ von 1993 wandte sich der europäische Gesetzgeber explizit gegen Klauseln, mit denen „dem Verbraucher die Möglichkeit, Rechtsbehelfe bei Gericht einzulegen oder sonstige Beschwerdemittel zu ergreifen, genommen oder erschwert wird“ (Anhang Nr. 1 lit. q zu Art. 3 Abs. 3). Freilich wurde der Anhang zu Art. 3 nicht als ein vom Umsetzungsbefehl umfasster Negativkatalog, sondern eher als Denkanstoß interpretiert,⁶ und so wurde in Deutschland ein spezielles Klauselverbot weder im AGB-Gesetz noch später in §§ 308, 309 BGB verankert. Vielmehr war entsprechenden Klauseln mit den allgemeinen Regeln, insbesondere dem Überraschungsverbot und der AGB-rechtlichen Generalklausel, zu begegnen. Ohne weiteres verwerfen lässt sich damit ein AGB-mäßiger peremptorischer Klageverzicht.⁷ Obwohl die Klausel-Richtlinie es weitergehend schon missbilligt, wenn dem Verbraucher der Rechtsschutz erschwert wird, wurde daraus nicht geschlossen, dass auch ein nur dilatorischer Klageverzicht ohne weiteres zu beanstanden sei. Vielmehr galt das Augenmerk aus AGB-rechtlicher Perspektive, nachdem die allgemeine Verfahrensrechtsdogmatik die grundsätzliche Möglichkeit eines temporären Rechtsschutzverzichts längst anerkannt hatte,⁸ insbesondere der Transparenz der ADR-Klausel, einer fairen Ausgestaltung des vorrangig zu durchlaufenden ADR-Verfahrens, hinreichenden Möglichkeiten, dieses binnen angemessener Frist und ohne Rechtsnachteile wieder zu beenden, sowie etwaigen versteckten Fußangeln, die den vorläufigen Verzicht de facto doch zu einem endgültigen machen könnten.⁹ Getrost außer Betracht bleiben konnte dabei die Frage, ob bzw. inwieweit Klageverzichtsklauseln mit dem – juristisch ohnehin eher diffusen – Konzept der „Freiwilligkeit der Mediation“ in Einklang zu bringen sind.¹⁰

⁵ Richtlinie 93/13/EWG vom 5. 4. 1993 über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, ABl. 1993 Nr. L 95/29.

⁶ Statt mancher: Staudinger/Schlosser, BGB, 2013, Vorbem. zu §§ 305 ff. Rn. 14. Strenger Wolf/Lindacher/Pfeiffer/Pfeiffer, AGB-Recht, 6. Aufl. 2013, Art. 3 Richtlinie 93/13/EWG Rn. 86.

⁷ Vgl. etwa BGH NJW 1986, 1610 (1611); Wolf/Lindacher/Pfeiffer/Hau, AGB-Recht, 6. Aufl. 2013, Klauseln Rn. P 62; MüKoBGB/Wurmnest, 7. Aufl. 2016, § 307 Rn. 272. Einschränkung meint BAG NJW 2015, 2908 (2910), der peremptorische Klageverzicht des Arbeitnehmers in einem Formularaufhebungsvertrag könne wirksam sein, wenn ein verständiger Arbeitgeber eine Kündigung ernsthaft in Erwägung ziehen durfte und die Drohung mit einer solchen deshalb nicht widerrechtlich sei. Das erscheint zweifelhaft, soll hier aber ebenso dahingestellt bleiben wie die weitere im Arbeitsrecht diskutierte Frage, ob ein Klageverzicht dadurch unbedenklich werden kann, dass der Arbeitgeber den Arbeitnehmer angemessen kompensiert; dazu *Laus MDR* 2015, 1342 (1347 ff.).

⁸ Ausführlich hierzu schon *Wagner*, Prozeßverträge – Privatautonomie im Verfahrensrecht, 1998, 391 ff. und 439 ff.; Eidenmüller/Wagner/Wagner, Mediationsrecht, 2015, Kap. 2 Rn. 37f. Restriktiv aber etwa noch *Habscheid FS Spühler*, 2005, 129 (133): „Das Recht auf den freien und jederzeitigen Zugang zum Gericht kann grundsätzlich nicht abredemässig beschnitten werden.“

⁹ Vgl. aus neuerer Zeit etwa *Haft/Schlieffen/Fischer*, Handbuch Mediation, 3. Aufl. 2016, § 25 Rn. 44; Wolf/Lindacher/Pfeiffer/Hau, AGB-Recht, 6. Aufl. 2013, Klauseln Rn. 54 ff.; *Unberath NJW* 2011, 1320 (1323); Eidenmüller/Wagner/Wagner, Mediationsrecht, 2015, Kap. 2 Rn. 44 ff.

¹⁰ Reichlich gewunden erscheinen hierzu etwa die Überlegungen bei *Greger/Unberath/Gre-*

Verstärkte Aufmerksamkeit wurde dem Thema seit Erlass der ADR-Richtlinie¹¹ von 2013 zuteil, die es in Art. 10 Abs. 1 den Mitgliedstaaten auferlegt, dafür zu sorgen, „dass eine Vereinbarung zwischen einem Verbraucher und einem Unternehmer darüber, Beschwerden bei einer AS-Stelle einzureichen, für den Verbraucher nicht verbindlich ist, wenn sie vor dem Entstehen der Streitigkeit getroffen wurde und wenn sie dazu führt, dass dem Verbraucher das Recht entzogen wird, die Gerichte zur Beilegung des Streitfalls anzurufen“. Dies wird überwiegend nicht so verstanden, dass im Verbrauchergeschäft auch ein dilatorischer Klageverzicht ausgeschlossen sein soll;¹² denn Art. 10 Abs. 1 ADR-Richtlinie wendet sich, anders als die Klausel-Richtlinie, eben nicht gegen eine bloße Erschwerung bzw. Verzögerung der Rechtsverfolgung. Andererseits lässt sich aus der Vorschrift nicht etwa umgekehrt auf ein an die Mitgliedstaaten adressiertes sekundärrechtliches Gebot schließen, Klauseln zur Rechtsschutzsuspension zuzulassen.¹³

Mithin verblieb auf nationaler Ebene ein Regelungsspielraum, und alsbald wurde auch Regelungsbedarf abgeleitet, nämlich dahingehend, einen dilatorischen Klageverzicht ausdrücklich zu untersagen: Denn es sei zu erwarten, dass Unternehmer ihre Kunden künftig massenhaft per AGB in ADR-Verfahren drängen werden, und das laufe de facto auf einen peremptorischen Rechtsschutzverzicht hinaus, weil Verbraucher in aller Regel nicht mehr die Gerichte anrufen werden, wenn sie erst einmal – womöglich unvereinbar mit Wertungen des Verbraucherschutzrechts – vor einer ADR-Institution gescheitert sind oder sich dort auf einen ungünstigen Vergleich eingelassen haben.¹⁴ Die ADR-Klausel verschiebt die Klagelast¹⁵ zwar nicht, verschärft sie aber: Denn es wird diejenige Partei, die auf richterliche Erkenntnis oder Titulierung angewiesen ist, zusätzlich belastet, indem sie zuvor erst noch das ADR-Verfahren initiieren und durchlaufen muss. So betrachtet, empfahl sich in der Tat ein spezielles Klauselverbot als gesetzgeberische Vorsorgemaßnahme:¹⁶ Denn eine bei § 305 c Abs. 1 BGB ansetzende Lösung drohte im Zuge steigender Verbreitung einschlägiger Klauseln ebenso an Überzeugungskraft zu verlieren wie der Versuch, ungeachtet der ausgesprochen ADR-freundlichen Gesetzgebung auf europäischer und deutscher Ebene im Rahmen von § 307 BGB weiterhin auf das tradierte

ger, MediationsG – Recht der alternativen Konfliktlösung, 2012, § 1 Rn. 32; Eidenmüller/Wagner/Hacke, Mediationsrecht, 2015, Kap. 3 Rn. 44.

¹¹ Richtlinie 2013/11/EU vom 21.5.2013 über die alternative Beilegung verbraucherrechtlicher Streitigkeiten, ABl. 2013 Nr. L 165/63.

¹² Vgl. Kleinschmidt ZJP 128 (2015), 215 (239); Meller-Hannich/Höland/Krausbeck ZEuP 2014, 8 (26). Strenger allerdings M. Stürmer in Caponi/Gascón Inchausti/Stürmer, The Role of Consumer ADR in the Administration of Justice, 2015, 11 (20), und womöglich auch Rühl ZJP 127 (2014), 61 (73).

¹³ Klarstellend Eidenmüller/Engel ZJP 128 (2015), 149 (158).

¹⁴ Deutlich in diesem Sinne Eidenmüller/Engel ZIP 2013, 1704 (1707), die dort, soweit ersichtlich, als erste eine Ergänzung von § 309 BGB angeregt haben (1709); ausführlicher sodann Eidenmüller/Engel ZJP 128 (2015), 149 (156ff.). Diesem Vorschlag zustimmend Roth DRiZ 2015, 24 (27). Auch ausgesprochene ADR-Befürworter, die den Prämissen von Eidenmüller und Engel widersprechen, äußerten keine Bedenken gegen ein Klauselverbot; so Hirsch FS Egon Lorenz, 2014, 159 (162f., 172).

¹⁵ Eingehend hierzu Hau ZJP 129 (2016), 133.

¹⁶ Dies betonen auch Fries (geb. Engel), Verbraucherrechtsdurchsetzung, 2016, 259f.; Ulmer/Brandner/Hensen/Harry Schmidt, AGB-Recht, 12. Aufl. 2016, § 309 Nr. 14 Rn. 3.

Leitbild eines Vorrangs des Rechtswegs bzw. wenigstens eines ungehinderten Zugangs zu den staatlichen Gerichten zu verweisen.¹⁷

2. Das neue Klauselverbot

Vor dem geschilderten Hintergrund setzte sich im bereits angelaufenen Gesetzgebungsverfahren zum Verbraucherstreitbeilegungsgesetz (VSBG)¹⁸ schließlich die Auffassung durch, dass die ADR-Richtlinie zwar keine spezielle Regelung erzwingt, die Verbrauchern jederzeit den ungehinderten Zugang zu Gericht sichert, dass aber gleichwohl die Gelegenheit genutzt werden sollte, eine solche zu schaffen. Und so wurde der dilatorische Klageverzicht im AGB-Verbrauchergeschäft kurzerhand auf die Liste der Klauselverbote ohne Wertungsmöglichkeit verbannt: Gemäß § 309 Nr. 14 BGB ist seither¹⁹ eine Bestimmung schlechterdings unwirksam, „wonach der andere Vertragsteil seine Ansprüche gegen den Verwender gerichtlich nur geltend machen darf, nachdem er eine gütliche Einigung in einem Verfahren zur außergerichtlichen Streitbeilegung versucht hat“.²⁰

Maßgeblich hierfür war erklärtermaßen die Erwägung, dass das Vorschalten eines ADR-Verfahrens den Verbraucher von der Beschreitung des Rechtswegs abhalten könnte und dass rechtsmissbräuchlichem, insbesondere verfahrensverzögerndem Taktieren des Unternehmers vorzubeugen sei.²¹ Flankierend zu § 309 Nr. 14 BGB nimmt der Gesetzgeber mit § 5 Abs. 2 VSBG die Verbraucherschlichtungsstelle in die Pflicht²² und hält zudem an früheren Regelungen fest, die eigens die Klagemöglichkeit des Verbrauchers hervorheben.²³ Nicht übernommen wurde allerdings umgekehrt der Vorschlag, der Unternehmenseite die außergerichtliche Verbraucherstreitbeilegung zumindest in bestimmten Branchen vorzuschreiben.²⁴

¹⁷ Eidenmüller/Engel ZZZ 128 (2015), 149 (158ff.). Von vornherein gegen ein Leitbild gerichtlicher Streitbeilegung allerdings schon Wagner, Prozeßverträge – Privatautonomie im Verfahrensrecht, 1998, 142ff. und 157ff.; Eidenmüller/Wagner/Wagner, Mediationsrecht, 2015, Kap. 2 Rn. 49f.

¹⁸ Art. 1 des Gesetzes vom 19.2.2016, BGBl. 2016 I 254.

¹⁹ Die Vorschrift ist ohne Übergangsvorschrift anwendbar mit Wirkung seit 26.2.2016, vgl. Art. 24 Abs. 1 des Gesetzes vom 19.2.2016, BGBl. 2016 I 254.

²⁰ Im ursprünglichen Entwurf der Regierungsfractionen fand sich noch keine dahingehende Regelung, vielmehr ein beiläufiger Hinweis, dass „Vereinbarungen der Parteien untereinander darüber, ob und mit welchen Rechtsfolgen sie Verfahren zur alternativen Konfliktlösung nutzen wollen (zum Beispiel Mediations- oder Schlichtungsklauseln), grundsätzlich unberührt“ bleiben sollen (BT-Drs. 18/5089, 61). Erst der Bundesrat hat die Forderung nach einer Ergänzung von § 309 BGB aufgegriffen (BT-Drs. 18/5760, 22: „14. [Schlichtungsklausel] eine Bestimmung, wonach das Recht eines Verbrauchers zur Einleitung eines gerichtlichen Verfahrens von dem Versuch der Einigung in einem Verfahren zur außergerichtlichen Streitbeilegung abhängig gemacht wird.“). Die daraufhin von der Bundesregierung formulierte Fassung (BT-Drs. 18/5760, 30) wurde vom Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz übernommen (BT-Drs. 18/6904, 36) und ist schließlich Gesetz geworden.

²¹ So der Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz, BT-Drs. 18/6904, 74.

²² Beachte auch schon § 2 Abs. 2 MediationsG sowie, für den Fall eines bereits vorgelegten Schlichtungsvorschlags, § 19 Abs. 3 S. 2 VSBG.

²³ Vgl. die insoweit unverändert gebliebenen § 14 Abs. 1 S. 1 UKlaG („unbeschadet ihres Rechts, die Gerichte anzurufen“) und § 15 Abs. 1 S. 2 Hs. 2 VVG („das Recht, die Gerichte anzurufen, bleibt unberührt“).

Nach allgemeinen Regeln erfasst das Klauselverbot im Verbrauchergeschäft neben AGB im Sinne von § 305 Abs. 1 BGB auch vorformulierte Einmalklauseln (§ 310 Abs. 3 Nr. 2). Es ist auf den dilatorischen Klageverzicht zugunsten einer – nicht ohnehin gesetzlich obligatorischen – außergerichtlichen Streitbeilegung zugeschnitten, wobei deren Bezeichnung, die konkrete Ausgestaltung der Klausel²⁵ bzw. des ADR-Verfahrens (als Mediation, Schlichtung, Adjudication etc.) sowie die Organisationsform der ADR-Institution ohne Belang sind. Ebenso wenig dürfte es für die Beurteilung der Klausel ausschlaggebend sein, wie sie formuliert ist: sei es als Verzicht des Verbrauchers auf Rechtsschutz, als Verbot zu klagen bzw. als Gebot nicht zu klagen, oder auch als Anordnung einer Sanktion für den Fall einer Klage.²⁶ Der Umstand, dass sich der Unternehmer selbst dem Klageverzicht unterwirft, kann die Klausel nicht retten. Im Übrigen lässt sich von § 309 Nr. 14 BGB nunmehr erst recht auf die Unwirksamkeit eines peremptorischen Ausschlusses des Rechtswegs schließen.²⁷

Die Überschrift „Klageverzicht“ sollte angesichts der sodann vom Gesetzgeber gebrauchten weiteren Formulierung („gerichtlich ... geltend machen“) nicht darüber hinwegtäuschen, dass das Klauselverbot dem Verbraucher nicht nur die klageweise Rechtsverfolgung freistellen soll, sondern gleichermaßen das Mahnverfahren, eine selbständige Beweissicherung, den einstweiligen Rechtsschutz und zudem wohl auch den Zugang zu einem vereinbarten Schiedsgericht.²⁸ Ihrem Telos entsprechend muss die Vorschrift, über den zu engen Wortlaut hinaus, zudem greifen, wenn der Verbraucher nicht etwa eigene Ansprüche durchsetzen, sondern vom Unternehmer reklamierte Rechte (vor allem Zahlungsansprüche) mittels negativer Feststellungsklage abwehren will. Ferner erscheint es zumindest erwägenswert, gestützt auf § 309 Nr. 14 BGB auch solche Klauseln zu verwerfen, die den Verbraucher in einem bereits laufenden Gerichtsverfahren zum Einlenken bewegen sollen, indem sie ihm etwa untersagen, sich dem Ruhen des Verfahrens gemäß § 278a ZPO zu widersetzen.

Die ADR-Richtlinie wendet sich ausweislich ihres Art. 10 Abs. 1 nicht gegen einen Klageverzicht, den die Parteien erst nach Ausbruch eines Konflikts vereinbaren,²⁹ und steht damit in Einklang mit weiteren vertrags- und verfahrensrechtlichen

²⁴ Vgl. hierzu einerseits die Stellungnahme des Bundesrats (BT-Drs. 18/5760, 20f.), andererseits die Gegenäußerung der Bundesregierung (BT-Drs. 18/5760, 30). Näher zu spezialgesetzlich bereits vorhandenen, insoweit vom Gesetzgeber nunmehr unverändert gelassenen Ansätzen eines einseitigen Schlichtungszwangs für Unternehmer (im Energiewirtschaftsgesetz und im Luftverkehrsgesetz) und zu den Gegenargumenten *Eidenmüller/Engel* ZfP 128 (2015), 149 (155f.). Aufgeschlossener etwa *Fejös/Willett* ERPL 24 (2016), 33.

²⁵ Zur Unterscheidung einfacher und gestaffelter ADR-Klauseln (sog. Eskalationsklauseln) vgl. etwa *Greger/Unberath/Greger*, MediationsG – Recht der alternativen Konfliktlösung, 2012, § 1 Rn. 133ff.

²⁶ Im früheren Schrifttum wurde eine Sanktionierung mittels Vertragsstrafe- oder Schadenspau-schalisierungsklauseln erwogen; vgl. etwa *Töben* RNotZ 2013, 321 (331).

²⁷ Zutreffend *Ulmer/Brandner/Hensen/Schmidt*, AGB-Recht, 12. Aufl. 2016, § 309 Nr. 14 Rn. 2, 15.

²⁸ Klarstellend wiederum *Ulmer/Brandner/Hensen/Schmidt*, AGB-Recht, 12. Aufl. 2016, § 309 Nr. 14 Rn. 13. Zu den im Lichte der ADR-Richtlinie verbleibenden Spielräumen für Schiedsvereinbarungen im Verbrauchergeschäft vgl. *Kleinschmidt* ZfP 128 (2015), 215, 239ff.; sehr eng *Fries (geb. Engel)*, Verbraucherrechtsdurchsetzung, 2016, 257f. Die hier ausgeklammerte Frage, ob § 309 Nr. 14 BGB auch Schiedsklauseln betrifft, verneint *Gössl* NJW 2016, 838 (839).

Vorgaben des Europarechts, die das Verbraucherschutzniveau absenken, sobald ein Streit zutage getreten ist.³⁰ Diese Wertung versteht sich keineswegs von selbst. Vielmehr lässt das Sekundärrecht den Verbraucher zu einem Zeitpunkt im Stich, in dem er noch (womöglich sogar ganz besonders) auf Schutz angewiesen ist: nämlich dann, wenn er sich mit Mitarbeitern des Unternehmers konfrontiert sieht, die darin geschult sind und es darauf anlegen, eine für diesen besonders günstige Lösung herbeizuführen.³¹ So betrachtet, greift Art. 10 Abs. 1 ADR-Richtlinie zu kurz, was aber auf sich beruhen kann, weil die Richtlinie ohnehin nur Mindeststandards formuliert (vgl. Art. 2 Abs. 3 S. 2). Es stand dem deutschen Gesetzgeber daher frei (und er hat gut daran getan), das Unwirksamkeitsverdikt auf AGB-Klageverzichtsklauseln zu erstrecken, die erst nach Entstehen der Streitigkeit vereinbart werden.³²

III. Verbleibende Spielräume

1. Verbrauchergeschäft

Einen dilatorischen Klageverzicht, der (ausnahmsweise) mittels echter Individualvereinbarung im Sinne von § 305 Abs. 1 S. 3 BGB zustande gekommen ist und sich innerhalb der allgemeinen Grenzen der Rechtsgeschäftslehre bewegt, wird man heute selbst im Verbrauchergeschäft für beachtlich halten müssen.³³ Aber auch für AGB-Klauseln zur Suspendierung gerichtlichen Rechtsschutzes bleiben jenseits von § 309 Nr. 14 BGB durchaus noch gewisse Spielräume. So erscheint es von vornherein unbedenklich, wenn sich der Verwender – mit klaren Worten – ausschließlich selbst einen Klageverzicht auferlegt. Und er kann, was die Rechtsverfolgung des Verbrauchers angeht, einen Appell an diesen richten, die Möglichkeit einer außergerichtlichen Streitbeilegung vor einer Klageerhebung wenigstens ernsthaft zu erwägen. Zudem liegt es, wiederum vorbehaltlich einer Wahrung des Transparenzgebots, in der Logik von § 307 Abs. 3 BGB, dass eine Klausel nicht zu beanstanden ist, die unmissverständlich nur auf ein einschlägiges gesetzliches Schlichtungsgebot verweist (namentlich auf eine landesrechtliche Bestimmung im Sinne von § 15 a EGZPO).³⁴ Schließlich sei klargestellt, dass es § 309 Nr. 14 BGB nach Genese und

²⁹ Dies betont *Rühl* ZZP 127 (2014), 61 (73).

³⁰ Beachte etwa Art. 7 Abs. 1 S. 1 der Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie 1999/44/EG vom 25.5.1999 (ABl. 1999 Nr. L 171/12) sowie Art. 19 Nr. 1 Brüssel Ia-VO Nr. 1215/2012 vom 12.12.2012 (ABl. 2012 Nr. L 351/1).

³¹ Vgl. dazu, wie sich eine nachträgliche Mediationsvereinbarung herbeiführen lässt, die Hinweise von *Eidenmüller/Wagner/Hacke*, Mediationsrecht, 2015, Kap. 3 Rn. 11 ff.; bezeichnend insbes. Rn. 21: „[W]er als Autor des Vorschlags auftritt, sollte gut überlegt sein. In der Regel wird es sich auch bei anwaltlich vertretenen Parteien eher empfehlen, dass der Vorschlag von der Partei selbst stammt (und sei er durch den Anwalt vorformuliert).“

³² Überholt ist damit die Argumentation des Bundesrats, der unterstellt hatte, dass der Verbraucher in Kenntnis der konkreten Streitigkeit eine Wahl zwischen Klage und ADR treffen könne (BT-Drs. 18/5760, 22).

³³ Ebenso im Ergebnis etwa *Eidenmüller/Engel* ZZP 128 (2015), 149 (156f.), bei und in Fn. 41.

³⁴ Ebenso zu bloßen Hinweisklauseln und gesetzeswiederholenden Klauseln *Ulmer/Brandner/Hensen/Schmidt*, AGB-Recht, 12. Aufl. 2016, § 309 Nr. 14 Rn. 2.

Wortlaut nur darum geht, einen Vorranganspruch der außegerichtlichen im Verhältnis zur gerichtlichen Streitbeilegung zu unterbinden; weder thematisiert noch präjudiziert ist mithin die Beurteilung eines dilatorischen Klageverzichts zugunsten eines Musterprozesses vor staatlichen Gerichten.³⁵

2. Unternehmensverkehr

Obwohl das neue Klauselverbot gemäß § 310 Abs. 1 S. 1 BGB im beiderseitigen Unternehmensverkehr nicht einschlägig ist, wurde schnell die Befürchtung laut, es könne vermittelt durch § 310 Abs. 1 S. 2, § 307 Abs. 1 und 2 BGB auch dort Bedeutung erlangen.³⁶ Dahinter steht die weithin als problematisch streng empfundene Praxis deutscher Gerichte, einerseits § 305 Abs. 1 S. 3 BGB sehr restriktiv und andererseits § 307 BGB sehr kontrollintensiv zu handhaben.³⁷ Von einer unbesehenen Ausdehnung speziell des Rechtsgedankens von § 309 Nr. 14 BGB sollte allerdings schon der unverkennbar verbraucherschützende Hintergrund abhalten. Dieser ergibt sich aus dem engen Zusammenhang mit der neuen gesetzlichen Ausgestaltung der Verbraucherstreitbeilegung, vor allem aber daraus, dass die Vorschrift davor bewahren soll, materiell-rechtliche Verbraucherschutzstandards zu verwässern, indem der Verbraucher im Rahmen von ADR-Verfahren ungeschützt unter übermäßigem Vergleichsdruck gerät. § 309 Nr. 14 BGB trägt also zur Auflösung des Widerspruchs bei, der darin besteht, dass ausgerechnet die Beilegung von Konflikten über zwingendes Verbraucherschutzrecht, das Marktversagen korrigieren soll, wieder dem Markt anheimgestellt wird.³⁸

Weil sich dieses Problem im Unternehmensverkehr nicht stellt, kann es dabei bleiben, einschlägige AGB-Klauseln im Rahmen von § 307 BGB – wie bislang – vor allem daran zu messen, ob sie hinreichend transparent sind,³⁹ das Vorrangig zu durchlaufende ADR-Verfahren fair ausgestaltet ist und zudem hinreichende Möglichkeiten bestehen, dieses binnen angemessener Frist und ohne Rechtsnachteile zu beenden.⁴⁰ Demgegenüber ginge es zu weit, aus der Neuregelung zu folgern, dass Klauseln über ein obligatorisches ADR-Verfahren im Unternehmensverkehr fortan selbst bei einer angemessenen Ausgestaltung des Verfahrens im Grundsatz als unwirksam anzusehen seien und dass eine im Einzelnen begründungsbedürftige Aus-

³⁵ Beachte zu den Anforderungen an Musterprozessklauseln schon *Lindacher* JA 1984, 404; *Lindacher*, JR 1985, 151; seither etwa *Wolf/Lindacher/Pfeiffer/Hau*, AGB-Recht, 6. Aufl. 2013, Klauseln Rn. P 67 ff.

³⁶ In diesem Sinne andeutungsweise etwa *Gössl* NJW 2016, 838 (839).

³⁷ Vgl. aus neuerer Zeit beispielsweise BGH NJW 2016, 1230, und aus der Phalanx der Kritiker etwa *Leuschner* NJW 2016, 1222.

³⁸ Pointiert in diesem Sinne etwa *Engel* NJW 2015, 1633 (1635f.); *Roth* ZZZ 129 (2016), 3 (5ff.); jeweils m. Nachw.

³⁹ Deutlich überzogen allerdings LG Heilbronn ZKM 2011, 29 m. krit. Anm. *Wagner*: Die Verfahrensregeln (Kostentragung, Dauer, Durchführungszeitpunkt etc.) müssten sich aus der ADR-Klausel selbst ergeben; Zugänglichkeit auf einer angegebenen Internetseite genüge nicht.

⁴⁰ Die Dauer des Klageverzichts kann unterschiedlich festgelegt sein: entweder bis zur einseitigen Abstandnahme vom ADR-Verfahren durch eine Partei (vgl. OLG Frankfurt NJW-RR 2010, 788) oder bis zur Feststellung des Scheiterns durch den Mediator bzw. Schlichter (vgl. LG Düsseldorf BeckRS 2014, 16696). Bisweilen wird auch eine Höchstfrist vorgesehen (vgl. die Kombinationsklausel bei OLG Saarbrücken ZVertriebsR 2016, 39, 40).

nahme nur dort gelte, wo Besonderheiten des betroffenen Vertragstyps, der Branche und ihrer Gepflogenheiten dies im typischen Interesse beider Vertragsseiten rechtfertigen.⁴¹ Selbst im Unternehmensverkehr zu missbilligen sind allerdings Klauseln, die einen peremptorischen Klageverzicht vorsehen (oder wegen gesetzlicher Klagefristen auf einen solchen hinauslaufen), auch Maßnahmen des einstweiligen Rechtsschutzes oder ein selbständiges Beweisverfahren unterbinden sollen⁴² oder einseitig nur die Auswahlfreiheit des Kunden beschneiden.

IV. Verfahrensrechtliche Konsequenzen

Die Diskussion, ob ADR-Klauseln entweder materiell- oder prozessrechtlich zu qualifizieren sind,⁴³ ist wenig ergiebig; denn unverkennbar sollen sie sowohl den Vertragspartner verpflichten als auch, vermittelt durch den Klageverzicht, prozessuale Wirkung zeitigen.⁴⁴ Auf Letztere kommt es im Individualprozess an:⁴⁵ Die Durchführung bzw. das Scheitern eines kraft wirksamer Parteiabspache vorrangigen ADR-Verfahrens ist nach herrschender Meinung eine nicht nachholbare Zulässigkeitsvoraussetzung, wobei die Klage, wenn der Klageverzicht einredeweise vor der Einlassung zur Sache geltend gemacht wird, als derzeit unzulässig abzuweisen sei.⁴⁶ Hergestellt wird also Gleichklang mit dem Schiedsrecht (§ 1032 Abs. 1 ZPO)⁴⁷ sowie, was die Rechtsfolge angeht, auch mit dem gemäß § 15a EGZPO kraft Gesetzes obligatorischen Schlichtungsverfahren.⁴⁸ Unverkennbar soll die mit der Klageabweisungslösung einhergehende Aussicht, vergeblich Kosten aufgewendet zu haben, die Vorzüge der Rechtshängigkeit aber gleichwohl wieder zu verlieren, das Beschreiten des Rechtswegs von vornherein unattraktiv machen. Das mag angehen zur Durchsetzung eines gesetzlichen Schlichtungszwangs oder einer Schiedsvereinbarung, die auf eine rechtskraftfähige Lösung abzielt (§ 1055 ZPO). Im Falle einer bloßen ADR-Klausel bietet sich hingegen ein bloßes Ruhen des Prozesses während des Laufs des ADR-Verfahrens an. Wird dieses erfolgreich abgeschlossen, kommt eine (auch kostenrechtlich) sachgerechte Abwicklung des Prozesses nach Erledigungs-

⁴¹ So aber Ulmer/Brandner/Hensen/Schmidt, AGB-Recht, 12. Aufl. 2016, § 309 Nr. 14 Rn. 18.

⁴² Zum einstweiligen Rechtsschutz zutreffend Ulmer/Brandner/Hensen/Schmidt, AGB-Recht, 12. Aufl. 2016, § 309 Nr. 14 Rn. 18, 20, dort jeweils auch zu den aus § 305 c Abs. 2 BGB folgenden Anforderungen. Mustergültig insoweit die Klausel bei OLG Saarbrücken ZVertriebsR 2016, 39 (40). Zum erforderlichen Vorbehalt des selbständigen Beweisverfahrens vgl. Loos/Brewitz SchiedsVZ 2012, 305 (310).

⁴³ Vgl. zum Diskussionsstand etwa Hilbig-Lugani ZJP 126 (2013), 463 (468f.).

⁴⁴ Unterstrichen wird die Trennung beider Elemente durch die Klauselgestaltung bei LG Düsseldorf BeckRS 2014, 16696.

⁴⁵ Eine § 309 Nr. 14 BGB zuwiderlaufende Klauselverwendung oder –empfehlung kann zudem mittels Unterlassungsklage angegriffen werden.

⁴⁶ Statt mancher: Hilbig-Lugani ZJP 126 (2013), 463 (470ff.); OLG Saarbrücken ZVertriebsR 2016, 39 (41); dort jeweils auch dazu, dass die Einrede treuwidrig und damit unbeachtlich sein kann.

⁴⁷ Dies betont etwa Hilbig-Lugani ZJP 126 (2013), 463 (478).

⁴⁸ Grundlegend hierzu BGH NJW 2005, 437 (438f.) mwN; seither etwa LG Frankfurt NJW-RR 2016, 302f.